Die Verwendung der Verkehrshypothek an Stelle der Höchsthypothek.

Ein Versuch zur Überbrückung der theoretischen Unterscheidungsmerkmale.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Bruno Boguslawski
aus Stargard i. Pom.

Referent: Prof. Dr. Boehmer

Auszug.

Halle-Saale
Ostdeutsche Druckerei und Verlagsanstalt, Inhaber Otto Jung.
1926

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

I. Höchsthypothek und Rechtstatsachenforschung.

In einer „Umfrage bei Praktikern“ in der J. W.[1]) hat Professor Dr. M. Wolff bereits im Jahre 1906 darauf hingewiesen, wie wichtig es sei festzustellen, welche Rolle einzelne Rechtsinstitute des BGB. tatsächlich im Leben spielen. Hier wirft er auch die Frage nach der Bedeutung der Höchsthypothek des § 1190 auf. Das Verbot der Erteilung eines Hypothekenbriefes, die Ausschaltung des Schutzes des guten Glaubens, besonders die Unmöglichkeit einer sofortigen Vollstreckbarkeit, überhaupt der Mangel an „Verkehrsfähigkeit“, läßt die Höchsthypothek in ihrer ganzen Konstruktion als ein Institut erscheinen, das auf Wirtschaftsverhältnisse geringeren Umfangs, in denen das Moment des Personalkredits eine ausschlaggebende Rolle spielt, zugeschnitten ist. Um so auffallender erscheint ihre Bestimmung auch für den Großverkehr, Bank- und Bauverkehr großen Stils, nur weil es sich gleichfalls auch hier um eventuelle oder künftige Ansprüche von nicht genau voraussehbarer Höhe handeln kann.

Die Rechtstatsachen zeigen, daß sich das Wirtschaftsleben auch nicht mit der vom Gesetzgeber geschaffenen Form der Höchsthypothek des § 1190 begnügt hat. Man hat vielmehr versucht, diese durch die Verkehrshypothek zu ersetzen. Was im einzelnen zu der Überbrückung der theoretischen Unterscheidungsmerkmale zwischen den beiden Hypothekenarten Veranlassung gegeben hat, und inwieweit sich die Höchsthypothek durch die Verkehrshypothek zur Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Zweckes ersetzen läßt, soll im folgenden darzulegen versucht werden.

[1]) J. W. 1906, S. 697.

II. Die Behandlung der theoretischen Gegensätze.

1. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung.

Die Eintragung der gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes gem. § 800 ZPO. wirksamen Unterwerfungsklausel unter die sofortige Zwangsvollstreckung setzt nach § 794 Abs. 5 voraus, daß der Anspruch des Gläubigers von bestimmter Höhe ist. Bei der Höchsthypothek wird nur die äußerste Grenze der dinglichen Belastung angegeben. Der Anspruch selbst ist bei ihr nicht beziffert und kann innerhalb der Höchstgrenze schwanken. Das von § 794 Abs. 5 verlangte Erfordernis entfällt also im Gegensatz zu der Verkehrshypothek bei der Höchsthypothek.

Es fragt sich, ob der Gläubiger einer Höchsthypothek die Vorteile, die ihm bei Verwendung einer Verkehrshypothek die Eintragung der Vollstreckungsklausel bietet, nicht auch erreicht, wenn er sich den Anspruch auf Eintragung der Exekutivklausel vormerken lassen könnte. Da dieser Anspruch nicht auf eine Änderung der dinglichen Rechtslage geht, die Exekutivklausel sich allein als Nebenrecht einer Hypothek zu einem festen Betrage darstellt, wäre eine Sicherung durch Vormerkung nur möglich, wenn der Gläubiger sich nicht nur den Anspruch auf Eintragung der Vollstreckungsklausel, sondern gleichzeitig auch den Anspruch auf Umwandlung der Höchsthypothek in eine Verkehrshypothek vormerken ließe. Daraus erhellt, daß auf diesem Umweg den Interessen des Gläubigers nicht genügt werden kann. Vermag doch der Gläubiger die Umwandlung und somit die Eintragung der Exekutivklausel nicht schon *während* des laufenden Kreditverhältnisses, sondern erst *nach* dessen Beendigung durchzusetzen. Trotzdem scheute man sich vor der Verwendung der Verkehrshypothek an Stelle der Höchsthypothek, weil auf der Gläubigerseite eine Schädigung durch das Entstehen von Eigentümergrundschulden befürchtet wurde.

2. Die Eigentümergrundschuld bei der Verwendung von Höchsthypothek und Verkehrshypothek.

a) Begriff und rechtliche Natur der Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld.

Stellen wir zunächst fest, daß die häufig für einander verwendeten Ausdrücke Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld nicht dasselbe bedeuten. Eine wirkliche Eigentümerhypothek liegt stets und nur dann vor, wenn dem Eigentümer nicht nur die Hypothek, sondern auch die durch sie zu sichernde Forderung zusteht (so im § 1177 Abs. 2). So einig man sich über ihren Zweck ist, nämlich Ausschluß des Vorrückens der Nachhypothekare, so sehr streitet man über ihre rechtliche Natur. Hier kann nur erwähnt werden, daß eine Ansicht[2]) sie als Pfandrecht bezeichnet. Diesem aber würde sein wesentlicher Zweck, das ist Sicherung und die durch seine Verwertung erfolgende Befriedigung des Gläubigers, abgehen (§ 1197 1). Die defensiven Wirkungen der Eigentümerhypothek erklärt dagegen Ihering[3]) daraus, daß er sie nicht als Recht, sondern nur als „Keim" zum Recht ansieht. Hachenburg[4]) folgt seinen Spuren, wenn er sagt, es fehle ihr an demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt. Dagegen würde man mit Wolff[5]) einwenden können, daß bei solcher Auffassung der Eigentümer, falls er die Hypothek abtritt oder verpfändet, über ein Recht verfügen würde, das ihm nicht zusteht. Andere[6]) erklären, an dem besonderen Wesen als Pfandrecht festhalten zu müssen, weil die defensiven Wirkungen nicht schon aus dem Eigentumsrecht an dem belasteten Grundstück herrühren könnten. Diese Lehre verletzt den Grundsatz der Totalität des Eigentumsbegriffes.

---

[2]) Cosack, § 225, S. 234; vergl. Fuchs, S. 520.

[3]) Vgl. seinen Aufsatz in Iherings Jahrbüchern 1871, S. 387 ff.

[4]) Vorträge S. 524; vergl. Boehm R.-Grundbuchrecht, S. 239 und 310.

[5]) Sachenrecht, S. 517, Anm. 7.

[6]) Horn, in Leonhards Studien, 19, S. 51/52; Hartmann, in Ihrings Jahrbüchern, Bd. 17.

Durch die Grundbucheintragung, durch den Ausschluß des Vorrückens der Nachhypothekare, wird lediglich ein Stück des Eigentums für besondere Zwecke abgetrennt und isoliert[7]).

b) Der Zeitpunkt der Entstehung von Eigentümergrundschulden bei der Höchsthypothek.

Nicht weniger umstritten als ihr Wesen ist der Zeitpunkt des Entstehens der Eigentümergrundschuld bei der Höchsthypothek. Auf diese Frage muß soweit eingegangen werden, als durch sie die Verwendung von Darlehnsan Stelle von Höchsthypotheken beeinflußt wird. Wir unterscheiden drei Ansichten[8]):

1. Die Theorie der hypothekarischen Anwartschaft.
2. Die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek.
3. Die Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek.

Nach der Theorie der hypothekarischen Anwartschaft soll durch die Eintragung zwar eine dingliche Gebundenheit der Sache eintreten, aber kein Recht, sondern nur der Keim zu der künftigen Entwicklung zu einem solchen entstehen. Gegen diese Ansicht haben wir schon oben[9]) Stellung genommen. Nach der Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek (2)[10]) soll auch die noch nicht valutierte Hypothek von Anfang an bis zur Feststellung der Forderungshöhe eine Vermögenspost des Gläubigers sein. Hiernach braucht der Gläubiger nicht zu fürchten, daß ihm durch Verfügungen über die Eigentümerhypothek (Grundschuld) seitens des Eigentümers seine dingliche Sicherung illusorisch gemacht werden würde. Als dingliches Sicherungsmittel verlangt nun die Hypothek ein Sicherungsobjekt. Da die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek die persönliche Forderung wegen ihrer Beweglichkeit nicht als Grundlage für die Hypothek ansehen kann, meinen die einen, die Unterlage bilde das

[7]) Gierke, Sachenrecht, S. 921 und Wolff, S. 517.

[8]) Ahsbahs, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 50, S. 372.

[9]) Unter 2 A.

[10]) Kretzschmar, S. 604; Dernburg, S. 810; Turnau-Förster, I, S. 1025; vergl. Güthe, I, S. 533; Staudinger, Bem. 5 zu § 1190; Neumann, S. 971 und RG. 51, S. 118.

ganze Rechtsverhältnis, aus dem die Einzelforderungen erwachsen. Gegen diese Konstruktion läßt sich mit Beck[11]) einwenden, daß durch sie der das Hypothekenrecht beherrschende Grundsatz der Abhängigkeit der Hypothek von einer Forderung durchbrochen wird. Deshalb behauptet man andererseits, die Grundlage für die Hypothek bilde die sich durch die Feststellung ergebende „künftige“[12]) Forderung. Nun kann zwar nach § 1113 II eine Hypothek auch für eine künftige Forderung bestellt werden. Dies rechtfertigt jedoch nicht den Schluß, daß wir es auch in diesem Falle mit einer echten Gläubigerhypothek zu tun haben. Finden wir doch in den hypothekenrechtlichen Vorschriften den Ausdruck „Hypothek“ auch dann, wenn dieser eine Forderung überhaupt nicht oder nicht mehr zugrunde liegt (§ 1163 I Satz 1 und 2, § 1177 I Satz 1), wo also in Wahrheit die Hypothek eine Eigentümergrundschuld ist. Die Vorschrift des § 1113 II will nur besagen, daß eine dingliche Gebundenheit auch schon für eine künftige Forderung bewirkt werden kann, nicht aber, daß die Belastung nicht dem Eigentümer als Grundschuld zustehen dürfte bis zu dem Augenblick, in dem die künftige Forderung durch die Valutierung zu einer gegenwärtigen geworden ist. Muß demnach die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek abgelehnt werden, weil eine bis zur Beendigung der Schwebezeit fehlende vollwertige Forderung nicht ersetzbar ist, so ergibt sich daraus andererseits, daß die noch nicht valutierte Hypothek dem Eigentümer als Grundschuld zustehen muß. Damit stellen wir uns grundsätzlich auf den Boden der Theorie von der „ursprünglichen“ Eigentümerhypothek[13]), genauer Eigentümergrundschuld. Hier gerät man auch nicht in Widerspruch mit dem Prinzip der Akzessorietät. Soweit eine

---

[11]) S. 40; ebenso Werneburg in Holdheims Monatsschrift, Bd. 25, S. 178.

[12]) Güthe, I, 535; Beck, S. 52.

[13]) Wolff, § 153, S. 538; Fuchs, S. 621, Erl. 11; Hirsch a. a. O., S. 235; Predari, Kom. z. Gr. B. O., S. 334; Endemann, § 131, Ahsbahs, S. 273; Herold im Z. Bl. f. F. G. IV, S. 695/96; Jaeckel, ebenda, S. 283, 297 ff.; vergl. 75, 250.

Forderung entsteht, verwandelt sich die Eigentümergrundschuld in eine Gläubigerhypothek. Zwischen beiden verschiebt sich die Grenze entsprechend den Schwankungen der Forderungshöhe. Somit müssen wir notwendig während der Schwebezeit die Eigentümergrundschuld als eine resolutiv bedingte annehmen. Eine grundbuchmäßige Verfügung über diese setzt nun gem. § 40 I GBO. voraus, daß vorher der Eigentümer als Inhaber der auflösend bedingten Grundschuld eingetragen ist. Ein dahingehender Grundbucheintrag wird vom Reichsgericht[14]) für unzulässig gehalten. Wollte man aber auch mit Bergk[15]) eine Umgehung des § 40 I GBO. für erlaubt halten, weil der Eigentümer ohne weiteres durch seine Eintragung in Abt. I als Inhaber der resolutiv bedingten Eigentümergrundschuld ausgewiesen werde, so würde sich aus dem Grundbuch die resolutiv bedingte Natur der Grundschuld ersehen lassen, und daher bestände selbst gutgläubigen Dritten gegenüber die Möglichkeit einer Verfügung über sie nur insoweit, als sie von später entstehenden Forderungen nicht erfaßt wird. Somit ist es irrig, dem Zeitpunkt der Entstehung einer Grundschuld die entscheidende Bedeutung für die Sicherung der Gläubigerforderungen beizulegen. Ausschlaggebend ist das keinesfalls unbedingte Verfügungsrecht des Eigentümers.

c) Die Eigentümergrundschuld in den durch eine Verkehrshypothek gesicherten Kredit- und Kontokorrentverhältnissen.

Nach diesem Ergebnis entsteht die Frage, ob nicht auch bei der Verwendung einer Verkehrshypothek für ein Kontokorrentverhältnis die Gefährlichkeit der Eigentümergrundschuld beseitigt werden kann. Hierzu nimmt Biermann[16]) eine bejahende Stellung ein, indem er vorschlägt, das Schlußguthaben des Gläubigers als die in der Zukunft zu sichernde Forderung zu bezeichnen. Diese Me-

---

[14]) Vergl. RG. 75, 250/51.

[15]) Übertragung und Pfändung künftiger Rechte, S. 129.

[16]) Grundstückspfandrechte als Unterlage für Bankkredite, Bank-Arch. VII, S. 260.

thode findet ihr entsprechendes Gegenstück bei der Höchsthypothek und kann aus dem bereits[17]) dargelegten Grunde nicht gebilligt werden. Außerdem würde sie ihren Zweck verfehlen, weil sich das Schlußguthaben als unbestimmte künftige Forderung darstellt, wegen der eine Vollstreckungsunterwerfung nicht zulässig ist. Um diese zu ermöglichen, will Merckens[18]) die vermutliche Höhe des Saldos fest bestimmen. Eigentümergrundschulden können seiner Ansicht nach durch Rückzahlungen des Schuldners nicht entstehen, weil diese als bloße Rechnungsfaktoren zu werten seien. Zugegeben werden muß, daß das äußere Moment, die Bestellung einer Darlehnshypothek für ein Kontokorrentverhältnis, auf die rechtliche Beurteilung der wechselseitigen Zahlungen ohne Einfluß bleiben muß, um so weniger, als durch den Zwiespalt zwischen der äußeren Form und dem tatsächlichen Rechtsverhältnis der Bestand der Hypothek nicht gefährdet wird[19]). Ausschlaggebend für die Wertung der wechselseitigen Zahlungen ist die bei Bestellung der Hypothek getroffene Parteiabrede. Sie kann dahin gehen, daß nur das Schlußguthaben gesichert werden soll. Dann sind die wechselseitigen Zahlungen bloße Rechnungsfaktoren. Andererseits kann sie auch bestimmen, daß alle aus der Geschäftsverbindung entstehenden Forderungen des Gläubigers durch die Hypothek gesichert werden sollen. Wird eine solche Gläubigerforderung dann durch Rückzahlung zum Erlöschen gebracht, so muß nach § 1163 I Satz 2 eine Grundschuld entstehen. Hier versagt also die Theorie von Merckens. Sie würde im ersten Falle — allein das Schlußguthaben soll gesichert werden, die wechselseitigen Zahlungen sind bloße Rechnungsfaktoren — nur zum Ziele führen, wenn die Darlehnshypothek von der Bestellung an als Gläubigerhypothek bestände. Das wäre eine Übertragung der von uns abgelehnten Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek von der Höchstbetrags-

[17]) Unter B.
[18]) Bank-Arch. VII, S. 304; vergl. auch Kaeferlein, S. 346.
[19]) Vergl. 5.

auf die Verkehrshypothek. Führt das Reichsgericht in der von Merckens zitierten Entscheidung[20]) aus, daß es dem Wesen der gewöhnlichen Hypothek nicht zuwiderlaufe, wenn ihr die Funktionen einer Höchsthypothek von den Parteien übertragen werden, so muß vielmehr daraus gefolgert werden, daß auch bei der Verwendung einer Verkehrshypothek ebenso wie bei der einer Höchsthypothek eine während des Schwebezustandes bestehende Eigentümergrundschuld nur resolutiv bedingter Natur sein kann. Sollen alle Forderungen aus der Geschäftsverbindung gesichert werden, so tritt die Resolutivbedingung jedesmal dann und insoweit ein, als eine Forderung zur Entstehung gelangt. Soll dagegen nur das Schlußguthaben gesichert werden, so entsteht die auflösende Bedingung erst mit der einen Überschuß für den Gläubiger ergebenden Saldoziehung. Demnach macht auch bei Verwendung einer Verkehrshypothek für ein Kontokorrentverhältnis die immer resolutiv bedingte Natur einer während des Schwebezustandes vorhandenen Eigentümergrundschuld eine Schädigung der Gläubigerinteressen unmöglich.

3. Der Schutz des guten Glaubens.

Wird bei der Verwendung einer Verkehrshypothek an Stelle der Höchsthypothek die Sicherung des Gläubigers durch das Entstehen von Eigentümergrundschulden nicht beeinträchtigt, so müssen auch andererseits die Interessen des Hypothekenschuldners gewahrt bleiben. Wird die Höchsthypothek durch eine Verkehrshypothek ersetzt, so gilt der Bucheintrag zugunsten des redlichen Erwerbers auch in Ansehung der Forderung „für die Hypothek" als richtig (§ 1138), so daß der redliche Cessionar das dingliche Haftungsrecht — aber nur dieses — in Höhe des eingetragenen Forderungsbetrages erwirbt. Der Hypothekenschuldner läuft also bei Bestellung einer Verkehrshypothek für ein Kontokorrentverhältnis Gefahr, daß durch Abtretung der nicht vollvalutierten Hypothek sein Grundstück mit einer Hypothek vom eingetragenen Betrage be-

[20]) RG. 60, 247.

lastet wird. Als das weitestgehende Mittel dagegen dürfte sich die Ausschließung der Verfügungsmacht überhaupt darstellen, zum mindesten müßte dem Gläubiger die Verfügungsmacht bis zur Beendigung der Geschäftsverbindung genommen sein. Eine dahingehende Vereinbarung zwischen Eigentümer und Hypothekengläubiger erlangt Wirkung gegen jedermann, wenn die Verfügungsbeschränkung gemäß §§ 892 I, 1157 in das Grundbuch eingetragen und auf dem Hypothekenbrief vermerkt wird. Nun schreibt § 137 S. 1 allerdings vor, daß die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. § 137 S. 1 erleidet aber insofern eine Ausnahme, als nach § 399 eine Forderung nicht abgetreten werden kann, wenn durch Vereinbarung mit dem Schuldner die Abtretung ausgeschlossen ist. Diese Ausnahme gilt nicht allein für Forderungen, sondern gem. § 413 auch entsprechend für die Übertragung anderer Rechte, so daß der dinglichen Wirkung einer eingetragenen und auf dem Brief vermerkten Vereinbarung, durch die die Verfügungsbefugnis des Gläubigers über die Hypothek ausgeschlossen wird, die Vorschrift des § 137 S. 1 nicht im Wege steht[21]).

Der Gläubiger kann aber ein Interesse daran haben, die Verfügungsbefugnis zu behalten, andererseits soll auch der Eigentümer vor möglichen Schädigungen bewahrt bleiben. Der Eigentümer kann sich nun nicht einen Anspruch durch eine Vormerkung sichern lassen, der dahin geht, vor einer Verfügung die Verkehrshypothek in eine Höchsthypothek umwandeln zu lassen. Die Geltendmachung eines derartigen Anspruchs hängt von der Willkür desjenigen ab, gegen den sich der Anspruch richtet. Er kann deshalb nicht als vormerkungsfähig im Sinne von § 883 I angesehen werden[22]). So bleibt zu versuchen, jedem Erwerber der Hypothek die Möglichkeit zu nehmen, sich in Ansehung der Forderung auf den Schutz des guten

---

[21]) Vergl. Oberneck, R.-Grundbuchrecht, I, S. 397.

[22]) Oberneck, Grundbuchrecht, I, S. 435; Turnau-Förster, I, S. 216; K. G. in Entsch. d. OLG. 15, 334.

Glaubens zu berufen. Gehen wir davon aus, daß ein redlicher Erwerb im Sinne von § 892 dann nicht vorliegt, wenn der Erwerber wußte, daß die Hypothek nur formell als feste Darlehnshypothek bestellt worden ist, unter den Beteiligten aber die Funktionen einer Höchsthypothek versehen soll[23]). Diese Kenntnis kann dem Erwerber mit Hilfe des Hypothekenbriefes verschafft werden. Da außer den notwendigen Angaben der Brief auch formfreie Privatvermerke tragen kann, die von rechtserheblicher Bedeutung sein können[24]), braucht sich nur der Eigentümer vor Übergabe des Briefes an den Gläubiger von diesem den Vermerk auf den Brief setzen zu lassen, daß die formelle Darlehnshypothek als Höchsthypothek fungieren soll. Dieses einfache Verfahren dürfte m. E. genügen, um bei Verwendung der Verkehrshypothek einerseits den Eigentümer vor Schädigungen, die der Schutz des guten Glaubens möglich macht, zu bewahren, ohne andererseits dem Gläubiger die Verfügungsmacht über die Hypothek zu nehmen.

4. Die Übertragung der Forderung.

Für den Gläubiger ist es von Bedeutung, während des Kontokorrents diese oder jene durch eine Hypothek gesicherte Einzelforderung abtreten zu können. Nach den allgemeinen Grundsätzen ist die Abtretung einer durch eine Hypothek gesicherten Forderung nur mit dieser zu einem entsprechenden Teil möglich. Weil dadurch die Sicherung des Schlußguthabens vermindert werden würde, hat der Gesetzgeber bei der Höchsthypothek durch den Abs. 4 des § 1190 ausnahmsweise gestattet, die Forderung nach den für die Übertragung einer Forderung allgemein geltenden Vorschriften der §§ 398 ff. zu übertragen, ohne daß ein Übergang der Hypothek mit der Forderung erfolgt. — Soll eine Verkehrshypothek zur Sicherung des Kontokorrentverhältnisses verwendet werden, so unterscheiden wir, ob die Parteien nach ihrer Vereinbarung

[23]) RGR.-Kom., Bem. 4 zu § 1190; Oberneck, Grundbuchrecht, II, S. 408; Braunschw. Z. f. Rechtspfl. 07, S. 76.

[24]) Güthe, II, Bem. 4 zu § 62; Wolff, § 142, Anm. 2.

alle aus der laufenden Geschäftsverbindung erwachsenden Ansprüche des Gläubigers oder nur dessen Schlußguthaben durch die Hypothek gesichert wissen wollen. Im ersten Fall verwandelt jede entstehende Forderung die bis dahin vorhandene vorläufige Eigentümergrundschuld in eine Gläubigerhypothek. Die Verbindung der Forderung mit einer Verkehrshypothek ist stärker als die bei der Höchsthypothek. Hier gilt nicht die Sondervorschrift des Abs. 4 § 1190, sondern § 1153 II kommt uneingeschränkt zur Anwendung. Die Übertragung einer Einzelforderung ohne die Hypothek während des Kontokorrents ist unmöglich. Anders dagegen, wenn die Hypothek nach dem Willen der Parteien zur Sicherung des bei dem Ende der Geschäftsverbindung vorhandenen Guthabens des Gläubigers dienen soll. Hier wird nur eine Forderung, die Schlußforderung, durch sie gesichert. Die Valutierung der Hypothek erfolgt erst mit der einen Überschuß ergebenden endgiltigen Saldoziehung. In Ansehung der Hypothek sind die bis dahin entstehenden Einzelforderungen als bloße Rechnungsfaktoren ohne Bedeutung. Sie können die vorläufige Eigentümergrundschuld nicht in eine Gläubigerhypothek umwandeln, und eine Verbindung von Hypothek und Forderung findet nicht statt. Daraus ergibt sich, daß die Verwendung jeder der beiden Hypothekenformen die Möglichkeit einer Übertragung der bloßen Forderung während des Kontokorrents offen läßt.

5. Die Hypothekenbestellung.

Die Verschiedenheiten in der theoretischen Konstruktion der beiden Hypothekenarten bedingen auch eine verschiedene Form der Hypothekenbestellung. Das charakteristische Unterscheidungsmerkmal der Höchsthypothek ist die Angabe nur der äußersten Belastungsgrenze. Diese muß von den Parteien so weit gezogen sein, daß auch etwaige Zinsen durch sie gedeckt werden. Ferner braucht der Schuldgrund weder in der Eintragungsbewilligung noch im Grundbuch selbst angegeben zu werden. — Soll an Stelle der Höchsthypothek eine Verkehrshypothek ver-

wendet werden, so ergeben sich in Ansehung der Hypothekenbestellung folgende Unterschiede. Die mutmaßliche Höhe des Schlußsaldos muß bei der Verkehrshypothek als ziffernmäßig fester Betrag von den Parteien angegeben werden. Bezüglich der Zinsen bleibt es bei der allgemeinen Regel des § 1118. Für den Gläubiger bedeutet dies einen wesentlichen Vorteil. Muß er schnell zugreifen, so kann er neben dem vollen Betrag noch die Zinsen geltend machen. Der Schuldgrund wird zwar regelmäßig im Grundbuch angegeben, es genügt aber auch gem. § 1115 I S. 2 eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Einem Erscheinen des mutmaßlichen Schlußsaldos als fester Darlehnsforderung in den Grundbuchakten dürften wirtschaftliche Bedenken nicht entgegenstehen. Kaum dürfte die Kreditfähigkeit des Eigentümerschuldners deshalb leiden, weil er bei Verwendung der formellen Darlehnshypothek an Stelle der Höchsthypothek in den Grundbuchakten einfach als Darlehnsschuldner erscheint. Rechtlich dagegen könnte es zweifelhaft erscheinen, ob nicht eine unrichtige Angabe des Schuldgrundes den Bestand der Hypothek gefährdet. Trotz einer solchen unrichtigen Bezeichnung der Forderung wird aber die Forderung tatsächlich gesichert, deren Sicherung durch die Hypothek von den Beteiligten gewollt ist. Da die Bezeichnung der Forderung nicht eintragungsbedürftig ist, ist eine richtige Bezeichnung nicht als wesentliches Erfordernis für die Gültigkeit der Hypothek anzusehen.

III. Zusammenfassung.

Wir haben ausgeführt, daß die Höchsthypothek sich als eine Verstärkung des Personalkredits darstellt und in größerem Maße als die Verkehrshypothek auf die Berücksichtigung der Interessen des Eigentümers zugeschnitten ist. Liegt der Fall nun so, daß der Gläubiger kein genügendes Vertrauen zu den persönlichen Eigenschaften des Eigentümerschuldners gewinnen kann, und sollen auch hier künftige der Höhe nach noch unbestimmte

Ansprüche aus laufender Geschäftsverbindung hypothekarisch gesichert werden, so besteht das Bedürfnis nach einer sofort vollstreckbaren Hypothekenform. Im Gegensatz zur Höchsthypothek kann bei Verwendung einer gewöhnlichen Hypothek die Exekutivklausel mit der Hypothek eingetragen werden. Eine Eigentümergrundschuld, die bis zur Beendigung des Kontokorrents entsteht, kann wegen ihrer resolutiv bedingten Natur für den Gläubiger ebensowenig wie bei der Verwendung einer Höchsthypothek eine Gefahr bedeuten. Wählen deshalb die Parteien eine Verkehrshypothek als Sicherungsmittel, indem sie den mutmaßlichen Saldo als festen Darlehnsbetrag im Grundbuch erscheinen lassen, so können sie vereinbaren, daß sie entweder alle entstehenden Forderungen durch die Hypothek gesichert wissen wollen oder nur den sich bei Schluß des Kontokorrents ergebenden Saldobetrag. Im ersten Falle erfaßt jede Einzelforderung die resolutiv bedingte Eigentümergrundschuld und wandelt sie in eine Gläubigerhypothek um. Die Abtretung einer Einzelforderung während des Kontokorrents ist deshalb unmöglich. Wollte hier der Gläubiger eine nicht vollvalutierte Hypothek verpfänden, um sie seinerseits zur Geldbeschaffung zu verwerten, so könnte durch den Schutz des guten Glaubens der Eigentümer geschädigt werden. Hier dürfte ein auf den Brief gesetzter Vermerk, daß die Hypothek unter den Parteien als Höchsthypothek fungiere, jeden redlichen Erwerb unmöglich machen. Da es aber kaum vorkommen dürfte[25]), daß ein Kreditinstitut eine ihr als Deckung dienende Hypothek ihrerseits zur Geldbeschaffung gebraucht, ist es am zweckmäßigsten, wenn die Parteien vereinbaren, durch die formelle Darlehnshypothek solle nur eine zukünftige Forderung des Gläubigers, der Schlußsaldo, gesichert werden. Durch Eintragung einer Verfügungsbeschränkung des Gläubigers in das Grundbuch und durch Vermerk derselben auf dem Hypothekenbrief wird der Eigentümer gegen den gutgläubigen Erwerb der Hypothek geschützt. Der Gläubiger hingegen hat eine sofort

[25]) Predari, Bank-Archiv, XII, 34.

vollstreckbare Kredithypothek, bei deren Verwendung es ihm möglich ist, während des Kontokorrents Einzelforderungen formfrei ohne Hypothek wie bei der Höchsthypothek abzutreten, da die Kredithypothek erst durch Ziehung der Schlußforderung valutiert wird, während die Einzelforderungen vorher als bloße Rechnungsfaktoren für den Saldo in Ansehung der Hypothek ohne Bedeutung sind. — So dürfte sich in den denkbar meisten Fällen die Höchsthypothek auch durch eine formelle Darlehnshypothek ersetzen lassen. Zugegeben werden muß, daß dieses Verfahren allerdings auf einer formellen Unwahrheit beruht. Dieses aber als unlauter anzusprechen, dürfte zu weit gehen. Ist doch eine Schädigung Dritter dabei nicht möglich und das Verfahren von den Parteien beabsichtigt, um dadurch einen besonderen wirtschaftlichen Zweck zu erreichen.